Die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament nach § 2269 Abs. 1 BGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Kirchhoff
aus Essen-Steele
Referendar a. D.

Approbiert am 17. Juli 1929

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1930

30:218

Referent: Geh. Rat Prof. Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe.

	Seite
A. Einleitung	1— 3
B. I. Juristische Konstruktion	
1. des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments .	4— 9
2. des Berliner Testaments	9
II. Die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament nach § 2269 Abs. 1 in ihren Auswirkungen	
1. nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten,	
a) im Falle des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments	10—15
b) im Falle des Berliner Testaments	15—19
2. nach dem Tode des überlebenden Ehegatten,	
a) im Falle des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments	19—24
b) im Falle des Berliner Testaments . . .	24—26
III. Die Anwendung des Erbschaftssteuergesetzes	
1. auf das Deutsche gemeinschaftliche Testament .	27—28
2. auf das Berliner Testament	28

Literaturverzeichnis.

Dernburg: Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 3. Bd. 4. Aufl. Halle 1896 und Pandekten 3. Bd. Familien- und Erbrecht, 4. Aufl. § 97. Berlin 1894.

— Das bürgerliche Recht, 3. Aufl., Deutsches Erbrecht, Halle 1911.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl., 3. Bd. (Erbrecht). Berlin 1919.

Friedrichs: Zum § 2269 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in „Das Recht", Rundschau f. d. Deutsch. Juristenstand. 1901. S. 258.

v. Glück: Ausführliche Erörterung der Pandekten. 35. Teil. Erlangen 1832. v. Mühlenbruch.

Groener: Systematische Darstellung des Erbsch.St.Ges. Neue Brücke-Verlag, Düsseldorf.

Güthe: Zur Auslegung des 2269 Abs. 1 BGB. in der Zeitschr. d. Deutsch.N.Ver. 1902. S. 41 ff.

Kanoldt: Pflichtteilsanspruch des Dritten im Falle des § 2269 BGB. im Archiv für Bürgerliches Recht. 1914. Bd. 40 Heft 2 S. 262 ff.

Kaphahn: Die Erbfolge nach § 2269. Diss. Greifswald 1905.

Kipp: Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz, Berlin 1927.

Kipp bei Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 3. Abt. 7. Bearbeitung. Marburg 1928.

Koch: Schles. Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 3. Bd. 1. Heft. Breslau 1839.

Kössler: Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch in der Deutsch. Jur.Zeit. 1906 Nr. 21 S. 1181 ff.

Leonhard: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Buch Erbrecht. 2. Aufl. Berlin 1912.

Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1899.

Mattes: Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Gießen 1902.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Bd. 3. Aufl., Berlin 1908.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. 5, Erbrecht 1899.

Sonnenfeld: Das Berliner Testament (§ 2269). Diss. Jena 1914.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, Lieferung 3, 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1927.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches 1. u. 2. Bd., 3. Aufl. Berlin 1903.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Lieferung (Schluß). Tübingen 1927.

Wilke: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. Bd. Das Erbrecht 1900.

Woyczziechowski: Die Erbfolge nach § 2269 BGB. Diss. Rostock 1904.

Entscheidungen: Königl. Preuß. Obertribunal 18, 35; 23, 193; 36, 62.
Reichsgericht 27, 150; 80, 377; 99, 85; 101, 185; 110, 94.
Kammergericht K.G.J. 52, 73 und in OLG. 21, 362; 40, 120. KG. 26 A 53.
Bayr. OLG. in OLG. 30, 180.

A. Einleitung.

§ 2269 Abs. 1 BGB. trifft eine Bestimmung über die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament.

Diese Bestimmung lautet:

„Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletztversterbenden Ehegatten eingesetzt ist."

Aus den Worten „so ist im Zweifel anzunehmen" erhellt, daß es sich hier um eine Auslegungsregel handelt.

Diese ist ebenso, wie die Zulässigkeit von gemeinschaftlichen Testamenten überhaupt, das Ergebnis langer geschichtlicher Entwicklung. Als die zweite Kommission des BGB. im Gegensatz zum ersten Entwurf der Forderung auf Zulässigkeit von gemeinschaftlichen Testamenten mit der Aufnahme der §§ 2265 ff. in das BGB. stattgab, erachtete sie es bei ihren Beratungen über den § 2269 Abs. 1 selbst für notwendig, die im Preußischen und gemeinen Recht über die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament bestehende Streitfrage zu schlichten.[1])

Bei diesem Streit drehte es sich um die Frage: Wann ist der Dritte Erbe geworden? Mit dem Zeitpunkt des Todes des zuerstversterbenden oder dem des zuletztversterbenden Ehegatten?

Drei Konstruktionen waren im Preußischen und gemeinen Recht in der Hauptsache aufgestellt:

Nach der ersten fällt dem Dritten mit dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten der Nachlaß beider Ehegatten an.

Diese Ansicht ist vom Schrifttum des gemeinen[2]) und Preußischen[3]) Rechts vertreten, und findet sich weiter in den Entscheidungen des Königlich-Preußischen Obertribunals.[4])

Bei der zweiten Konstruktion erhält der Dritte beim Tode des zuerstversterbenden Ehegatten dessen Nachlaß, dagegen erst beim Tode des überlebenden Ehegatten dessen Nachlaß.

---

[1]) Prot. der zweiten Lesung, V, 406.
[2]) v. Glück, Bd. 35, S. 69.
[3]) Koch, Schles. Arch. Bd. 3 Heft 3 Nr. 35 S. 573, 581, 582.
[4]) Entsch. d. Obertribunals 36, 62.

Diese Auffassung kann für das Gebiet des Preußischen Rechts [5]) als herrschende angesehen werden und hat auch im gemeinen Recht Anhänger gefunden.[6])

Die dritte Konstruktion endlich will den Dritten erst mit dem Tode des zuletztversterbenden Ehegatten den Nachlaß beider Ehegatten erben lassen.

Es ist dies die jetzige Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1. Sie ist im Anfang des 19. Jahrhunderts (zuerst in einem 1829 erschienen Aufsatz von Hasse [7]) aufgetaucht, hat im neueren gemeinen Recht Geltung erlangt und ist insbesondere in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 11. 1890 [8]) näher begründet.

Diese Konstruktion sowie die zweite, die herrschende Auffassung des Preußischen Rechts, kamen dann für die Aufnahme in das BGB. in Frage.

Die erste Konstruktion, bei der jeder der beiden Ehegatten den Dritten auf das Gesamtvermögen, also auch auf den Nachlaß des anderen Teils beruft, und der überlebende Ehegatte (der also juristisch nicht beerbt wird) das Gesamtvermögen (also auch sein eigenes) nur als Fiduciar hat, schied von vornherein aus. Sie kommt praktisch nicht mehr in Betracht.[9]) Daß sich diese Konstruktion nicht hat durchsetzen können, ist erklärlich, wenn man nur bedenkt, daß bei ihr der überlebende Ehegatte Fiduciar seines eigenen Vermögens ist.[10])

Mußte also einmal diese Konstruktion ausscheiden, so fragte es sich zum andern, welcher der beiden übrigen Konstruktionen für das BGB. der Vorzug zu geben war.

Für die dritte Konstruktion sprach sich ein Prinzipalantrag aus.

Die zweite Konstruktion befürwortete ein Eventualantrag folgenden Inhalts [11]):

„Haben in einem Erbeinsetzungsvertrage Ehegatten sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der gesamte Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte in Ansehung des Nachlasses des erstverstorbenen Ehegatten als Nach-

---

[5]) Entsch. d. Obertribunals 18, 35; 23, 193. Mattes S. 67. KG. 26 A 53.

[6]) Dernburg, Preuß. Privatrecht III, § 183, S. 530 ff., Pand. III § 97 S. 189 Anm. 7, Reichsgericht 24, 993; 29, 996; 35, 1049 (Gruchot).

[7]) Rhein. Museum für Jurisprudenz III S. 250 ff., insbes. S. 256.

[8]) RG. 27, 150.

[9]) Planck, § 2269, II, 3. Friedrichs i. Recht 1901 S. 258; Strohal I § 43 IV Anm. 25.

[10]) Kaphahn S. 6; Endemann § 63 IV 2 b.

[11]) Die Beratungen über die Regelung unseres Falles haben bei der Lehre von den Erbverträgen (Prot. S. 7305, 7306) stattgefunden, für die eine dem § 2269 genau entsprechende Bestimmung (2280) in das BGB. aufgenommen ist.

erbe nach Maßgabe der §§ 1839, 1840 (2137, 2138), in Ansehung des Nachlasses des zuletztverstorbenen Ehegatten als dessen Erbe eingesetzt ist."

Die Kommission nahm den prinzipalen Antrag an, welcher, wie es in den Protokollen heißt, „der vom Reichsgericht abweichend von der geltenden Auffassung des Allgemeinen Landrechts für das gemeine Recht getroffenen Entscheidung (R.G. 27, 150) entspricht. Für die Annahme ist die Erwägung entscheidend gewesen, daß die Ehegatten bei ihren gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügungen von der Annahme ausgehen, ihr Vermögen sei ein einheitliches. Dieser Auffassung wird nur der prinzipale Antrag gerecht."

Somit ist die dritte Konstruktion, die Auffassung des Reichsgerichts, zur Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB. („so ist im Zweifel anzunehmen") geworden.

Es ist also im einzelnen Falle stets zu untersuchen, ob die Ehegatten in ihrem gemeinschaftlichen Testament die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 — der Dritte ist für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletztversterbenden Ehegatten eingesetzt — oder, was natürlich auch möglich ist, die andere, zweite Konstruktion —, der Dritte ist in Ansehung des Nachlasses des erstversterbenden Ehegatten als Nacherbe, in Ansehung des Nachlasses des zuletztversterbenden Ehegatten als dessen Erbe eingesetzt — gewollt haben.

Für diese beiden Möglichkeiten im Rahmen des § 2269 Abs. 1 hat man auch besondere Bezeichnungen. Zwar gehen die Ansichten in der Literatur darüber auseinander, welcher Name in Anbetracht der historischen Entwicklung der richtige ist.[12]) Wir wollen jedoch, ohne auf diesen Streit näher einzugehen, mit Endemann[13]) die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1, da sie auf der Ordnung des BGB. beruht, als „Deutsches gemeinschaftliches Testament" und die andere Möglichkeit als „Berliner Testament" bezeichnen.

Beide Testamente, das „Deutsche gemeinschaftliche" und das „Berliner", sollen nun im weiteren den Gegenstand der Ausführungen bilden.

Unter Erörterung des § 2269 Abs. I sollen sie in ihre praktischen Auswirkungen verfolgt werden.

---

[12]) Leonhard § 2269 S. 421 Anm. 2; Enneccerus § 27 II 1 Anm. 2.
[13]) Endemann § 63 IV 2.

B.

I. 1. Juristische Konstruktion des Deutschen gemeinschaftlichen Testamentes.

Zunächst ist die Konstruktion des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments, das ja seine Grundlage in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 11. 1890 (R. G. 27, 150) hat, einer näheren Betrachtung zu unterwerfen.

Das Reichsgericht führt in seiner Begründung aus, daß die gegenseitige Erbeseinsetzung der Ehegatten von jedem Testator für den Fall getroffen sei, daß der Verfügende zuerst sterben werde, die Einsetzung des Dritten auf den Gesamtnachlaß jedoch für den Fall, daß er, der verfügende Ehegatte, der Längstlebende sein werde. Hieraus folgert das Reichsgericht, daß mit dem Tode des Zuerstversterbenden und dem Erbschaftsantritt seitens des Ueberlebenden die Verfügung des Ersteren erledigt sei, abgesehen „von dem aus der Korrespektivität des Testaments folgenden rechtlichen Gebundensein des Ueberlebenden". Demnach trete nur die Verfügung des zuletztversterbenden Ehegatten in Kraft. Dieser sei also allein Erbe seines erstverstorbenen Ehegatten und der Dritte wieder bezüglich des gesamten Nachlasses beider Ehegatten Erbe nur des Ueberlebenden.

Es erhebt sich nun die Frage, ob das BGB. nicht nur das Ergebnis der reichsgerichtlichen Auffassung — der Dritte ist Erbe des Ueberlebenden bezüglich des gesamten Nachlasses beider Ehegatten — übernommen hat, sondern ob darüber hinaus auch die Gründe, die das Reichsgericht bei seiner Entscheidung geleitet haben, für das BGB. maßgebend sind.

Ist also — der Kernpunkt der reichsgerichtlichen Ausführungen! — die bezüglich des Dritten erfolgte Verfügung jedes Ehegatten nur für den Fall getroffen, daß der Testierende den anderen Ehegatten überlebt, ist demnach die Verfügung des zuerstversterbenden Ehegatten mit dessen Tode erledigt, und wird der Dritte nur auf Grund der Verfügung des Zuletztverstorbenen Erbe?

Daß diese reichsgerichtliche Auffassung auch die des BGB. ist, geht aus den Protokollen, die doch immerhin einen gewissen

Anhaltspunkt für die Konstruktion bieten können, keineswegs hervor.

Wenn sie einmal sagen, der prinzipale Antrag (die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1) entspricht der vom Reichsgericht getroffenen Entscheidung, so ist dies eine farblose Ausdrucksweise. Man könnte daraus beides entnehmen: sowohl, nur das Ergebnis der reichsgerichtlichen Auffassung ist vom BGB. übernommen, als auch, nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Begründung des Reichsgerichts ist im § 2269 Abs. 1 niedergelegt.

Außerdem geben die Protokolle als Grund für die Annahme des prinzipalen Antrages ja nur an, die Erwägung sei entscheidend gewesen, daß die Ehegatten ihr Vermögen als ein einheitliches betrachten.

Ist so einmal von den Protokollen die Frage offen gelassen, wie die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 zu konstruieren ist, könnte man doch zum andern auf den ersten Blick zu der Auffassung neigen, daß der Wortlaut des Gesetzes mit der reichsgerichtlichen Begründung übereinstimmt. Denn der Schluß liegt nahe: Ist der Dritte für den gesamten Nachlaß nur Erbe des Ueberlebenden, so kommt für diese alleinige Beerbung des Ueberlebenden durch den Dritten auch nur die letztwillige Verfügung des Ueberlebenden in Betracht.

Dies darf jedoch in Anbetracht der Entwicklungsgeschichte des § 2269 Abs. 1 nicht gefolgert werden. Denn danach soll § 2269 ja nur den Zeitpunkt angeben, in dem der Dritte Erbe wird. Der Gesetzgeber hat gar nicht beabsichtigt, gleichzeitig auch noch eine Bestimmung darüber zu treffen, wie lange die Verfügungen der beiden Ehegatten rechtswirksam sein sollen.[1])

Da mithin auch der Wortlaut des Gesetzes keinen Weg in unserer Frage zeigt, bleibt nur übrig, die Konstruktion der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 selbständig aus dem Sinn des Gesetzes heraus zu entwickeln.

Dabei muß nun m. E. folgendes in Erwägung gezogen werden:

Wenn die Ehegatten sich zunächst gegenseitig zu Erben einsetzen, so geschieht dies deshalb, weil sie, die vermöge ihrer innigen Lebensgemeinschaft „nicht mehr Mein und Dein unterscheiden, die nur noch von Unser sprechen“,[2]) die, wie die Protokolle besagen, ihr Vermögen als ein einheitliches betrachten, diese Einheit des Vermögens auch nach dem Tode eines von ihnen gewahrt wissen wollen.[3])

Der Ueberlebende soll seine Existenz auch nach dem Tode des Zuerstverstorbenen in gleicher Weise fortführen können, wie wenn dieser noch lebte. Z. B. die Ehegatten betreiben ein Geschäft. Für den Ueberlebenden würde es nun recht häufig

[1]) Güthe S. 46.
[2]) Loewenwald S. 11.
[3]) Kanoldt S. 264.

eine Gefährdung seines geschäftlichen Daseins bedeuten, wenn er jetzt plötzlich beim Tode des Zuerstverstorbenen eine für das Geschäft erhebliche Summe aus diesem herausziehen müßte. Ein solcher Nachteil soll durch die gegenseitige Erbeseinsetzung der Ehegatten vermieden werden. Es entspricht deren Auffassung von der Einheitlichkeit ihres Vermögens, dem Ueberlebenden für Lebenszeit den Genuß des Gesamtvermögens zu erhalten.

Wenn ich zuerst sterbe, sagt also jeder Ehegatte, bist du, der andere, mein Erbe, und hast so unser beiderseitiges, miteinander vereinigtes Vermögen, womit du dein Leben in der bisherigen Weise fortführen kannst.

Dieser gegenseitigen Erbeseinsetzung der Ehegatten liegt die Voraussetzung jedes von ihnen zugrunde, daß ihn der andere überlebt, wie ja überhaupt jeder Erblasser bei seiner letztwilligen Verfügung davon ausgeht, daß ihn der Erbe überlebt.

Wenn die Ehegatten nun weiter für ihren beiderseitigen Nachlaß einen Dritten als Erben einsetzen, so handelt bei dieser Erbeseinsetzung des Dritten m. E. jeder Ehegatte nicht oder wenigstens in den meisten Fällen nicht, wie das Reichsgericht sagt, unter der Voraussetzung, daß er der Längstlebende ist. Fast nie werden wohl die Ehegatten daran denken, welcher von ihnen früher als der andere sterben wird, sondern sie werden nur den einen Gedanken haben, für den Fall, daß sie beide tot sind, den weiteren Verbleib ihres beiderseitigen Vermögens zu bestimmen. Wenn das Reichsgericht sagt, jeder Ehegatte handelt bei der Erbeseinsetzung des Dritten für den Fall, daß er der Längstlebende sein wird, so m. E. nur deswegen, weil es sonst zu keiner haltbaren Konstruktion gelangen zu können glaubt.

Es ist zuzugeben, daß an sich jeder Ehegatte nur dann erst über den Gesamtnachlaß verfügen kann, wenn dieser als rechtliche Einheit in seiner Hand vereinigt ist.[4])

Dies ergibt sich aus § 2064 BGB.: Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten. Danach ist jede Stellvertretung ausgeschlossen, und ein Ehegatte kann nicht über das Vermögen des andern, wenn auch mit dessen Einwilligung, verfügen.

Da nun das beiderseitige Vermögen der Ehegatten erst nach dem Tode des Zuerstversterbenden in der Hand des Ueberlebenden zu einer rechtlichen Einheit wird, könnte also tatsächlich jeder Ehegatte bei der Erbeseinsetzung des Dritten nur für den Fall verfügen, daß er der Ueberlebende ist. Aber es taucht ein anderer Gesichtspunkt auf, der m. E. ausschlaggebend ist. Man muß sich nämlich folgendes vor Augen halten:

Die Ehegatten leben in der sittlich hochstehendsten menschlichen Gemeinschaft. Sie teilen Freud und Leid miteinander.

[4]) Leonhard: § 2269 I B.; Enneccerus § 27 II 1b Anm. 4.

Sie unterscheiden nicht mehr Mein und Dein, sondern sprechen nur noch von Unser. Sie betrachten, wie die Protokolle besagen, ihr Vermögen als ein einheitliches.

Deswegen wollen die Ehegatten nun auch für den Fall, daß sie beide tot sind, den Verbleib ihres beiderseitigen Vermögens gemeinschaftlich regeln, sie wollen gemeinschaftlich[5]) den Erben berufen, der ihr vereinigtes Gesamtvermögen bekommen soll. Handeln die Ehegatten aber bei dieser Berufung des Dritten vermöge ihrer innigen Lebensgemeinschaft und ihrer sich daraus ergebenden Auffassung, ihr Vermögen sei ein einheitliches, so eng verbunden in einem einheitlichen Akt, muß man m. E. auch annehmen, daß in dem Augenblick der Erbeseinsetzung des Dritten das Vermögen der Ehegatten, das sie als ein einheitliches betrachten, auch rechtlich als eine Einheit gilt, über die beide Ehegatten zusammen und einheitlich zu verfügen berechtigt sind.

Es ist zwar im allgemeinen mißlich, eine solche Fiktion — das Vermögen der Ehegatten gilt im Augenblick der Erbeseinsetzung des Dritten als eine rechtliche Einheit — zu Hilfe zu nehmen. Aber zu ihrer Inanspruchnahme ist man im vorliegenden Falle eben gezwungen, weil die Ehegatten für ihr Vermögen, das sie als ein einheitliches betrachten, gemeinschaftlich „aus einem Munde und Willen" einen Dritten als Erben einsetzen.[6])

Weil nun beide Ehegatten in dieser Weise gemeinschaftlich den Dritten als Erben berufen haben, wird dieser auch auf Grund der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten Erbe und ist mithin auch an beide Verfügungen gebunden.

Allerdings ist der Dritte nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 2269 Abs. 1 nur als Erbe des überlebenden Ehegatten eingesetzt.

Es mag zwar auf den ersten Blick sonderbar anmuten, daß der Dritte nur Erbe des Ueberlebenden ist, aber gleichzeitig auch den Gesamtnachlaß beider Ehegatten auf Grund der letztwilligen Verfügung des Zuerstverstorbenen erwirbt und also auch an diese Verfügung gebunden ist.[7])

---

[5]) Endemann § 63 IV, 2.

[6]) Woycziechowski S. 19.

[7]) Der Dritte erwirbt also den Gesamtnachlaß auf Grund der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten. Da der Dritte aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 2269 Abs. 1 BGB. für den gesamten Nachlaß nur als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist, braucht er sich auf die Erbeseinsetzung durch den Zuerstverstorbenen nicht zu berufen. Dagegen liegt es auf der Hand, daß der Dritte in dem auf S. 89 erwähnten seltenen Falle, wenn nämlich beide Ehegatten gleichzeitig verstorben, und der Dritte nach der von mir vertretenen Konstruktion trotzdem Erbe wird (s. a. a. O. und Anm. 10 S. 9) sich auch auf die Erbeseinsetzung durch beide Ehegatten berufen muß.

Man muß aber eben bedenken, daß es sich hier um ein ganz besonderes Testament, um ein gemeinschaftliches, handelt. Und es kann nicht mit dem Tode des Zuerstverstorbenen dessen Verfügung, die ja gemeinsam mit der des Ueberlebenden einen gemeinschaftlichen Akt bildet, erledigt sein. Sie wirkt vielmehr, wie es ihrer Bestimmung entspricht, nach dem Tode des Erstverstorbenen zusammen mit der Verfügung des Ueberlebenden weiter fort, bis auch nach dessen Tode, nachdem dieser auf Grund der gegenseitigen Erbeseinsetzung Erbe gewesen ist, der Dritte Erbe des Gesamtnachlasses, eben infolge der Verfügungen beider Ehegatten, wird.

Ist also festzustellen, daß der Dritte den Gesamtnachlaß nicht infolge der Verfügung des Ueberlebenden, sondern infolge der beiderseitigen Verfügungen der Ehegatten erbt,[8]) bleibt doch auch für die reichsgerichtliche Konstruktion Raum, nämlich dann, wenn feststeht, daß bei der Erbeseinsetzung des Dritten jeder Ehegatte für den Fall gehandelt hat, daß er der Ueberlebende ist. Aber diese Annahme, daß ein Ehegatte für den Fall handelt, daß er der Ueberlebende sein wird, ist m. E., wie schon früher zum Ausdruck gebracht, so fernliegend, daß sie wohl nur rein theoretischen Wert hat.

Wie sind nun die Auswirkungen der Auffassung, daß der Dritte auf Grund der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten den Gesamtnachlaß erwirbt?

Nehmen wir z. B. den Fall an, daß die Ehegatten, die ein deutsches gemeinschaftliches Testament errichtet haben, in einer gemeinsamen Gefahr umkommen, also gemäß § 20 BGB. als gleichzeitig verstorben gelten.

Nach reichsgerichtlicher Auffassung müßten jetzt, da ja jeder der beiden Ehegatten die bezüglich des Dritten erfolgte Verfügung nur für den Fall getroffen hat, daß er, der Verfügende, den anderen Ehegatten überlebt, folgerichtig die Verfügungen beider Ehegatten wegfallen, wie Güthe[9]) richtig hervorhebt, und somit würde der Dritte überhaupt nicht Erbe werden, es sei denn, daß er als gesetzlicher Erbe der Ehegatten in Betracht käme.

Dagegen wird der Dritte nach der von mir vertretenen Auffassung im vorliegenden Fall Erbe beider Ehegatten.

Wenn das Gesetz bestimmt hat, der Dritte ist nur als Erbe des Ueberlebenden eingesetzt, so hat es damit, weil ja fast immer ein Ehegatte länger lebt als der andere, m. E. den praktisch am häufigsten vorkommenden Fall geregelt. Ist dieser nicht gegeben, so ist das Gesetz auf den abweichenden Fall ent-

[8]) So auch Kanoldt S. 262 ff., insbes. S. 275/276; Güthe S. 41 ff.; Woyczichowski S. 16 ff.; Sonnenfeld S. 29 ff.; a. M. (der Ansicht des RG.) Planck § 2269 II, 1 c.; Leonhard § 2269 I, B.; Kaphahn S. 13 ff.

[9]) Güthe S. 49.

sprechend anzuwenden. Danach ist der Dritte, weil er hier nicht Erbe nur des Ueberlebenden sein kann, als Erbe beider Ehegatten eingesetzt. § 2269 Abs. 1 erfordert ja nicht, daß die gegenseitige Erbeseinsetzung der Ehegatten sich praktisch ausgewirkt, also der Ueberlebende eine gewisse Zeit den Genuß des Gesamtvermögens gehabt hat. Entfällt die gegenseitige Erbeseinsetzung der Ehegatten, so wird der Dritte auf Grund seiner Erbeseinsetzung durch die Ehegatten mit deren gleichzeitigem Tode sofort Erbe.

Versagt hier die reichsgerichtliche Auffassung,[10]) so auch in einem weiteren Falle, nämlich, wenn der Zuerstversterbende seiner letztwilligen Verfügung z. B. eine Auflage beigefügt hat. Ist diese im gegebenen Falle zulässig, so ist der Beschwerte, der Dritte, auf Grund unserer Auffassung auch zu ihrer Vollziehung verpflichtet, da er ja auch an die Verfügung des Zuerstverstorbenen gebunden ist.

Diese Fälle haben gezeigt, welche Bedeutung es hat, daß gemäß unserer Konstruktion der Dritte auf Grund der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten Erbe wird.

Wie sich die Bestimmung des § 2269 Abs. 1, daß der Dritte nur als Erbe des Ueberlebenden eingesetzt ist, auswirkt, wird später zu erörtern sein.

I. 2. Juristische Konstruktion des Berliner Testaments.

Beim Berliner Testament, der zweiten Möglichkeit im Rahmen des § 2269 Abs. 1, fällt natürlich die oben behandelte Streitfrage, auf Grund welcher letztwilligen Verfügung — nur der des Ueberlebenden oder der beider Ehegatten — der Dritte erbt, fort.

In diesem Falle gehen die Ehegatten nicht wie bei der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 von der Annahme der Einheitlichkeit ihres beiderseitigen Vermögens aus, sondern sie betrachten dasselbe trotz der Gemeinschaftlichkeit des Testaments als zwei Massen, die getrennt vererbt werden sollen.

Hier verfügt jeder der beiden Ehegatten nur über sein Vermögen. Sie setzen sich gegenseitig als Erben ein und jeder von ihnen setzt weiter den Dritten für den Fall, daß der andere Ehegatte zuerst sterben sollte, zum Ersatzerben und für den Fall, daß er selbst zuerst sterben sollte, zum Nacherben ein.

Beide Nachlässe erwirbt der Dritte dann mit dem Tode des Ueberlebenden, aber eben infolge verschiedener Berufungsgründe.

---

[10]) Daß der Dritte mit dem gleichzeitigen Tode beider Ehegatten deren Erbe werden kann, hat also zur Voraussetzung, daß jeder Ehegatte bei der Erbeseinsetzung des Dritten nicht für den Fall gehandelt hat, daß er der Längstlebende sein wird. (S. oben.)

II. Die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament nach § 2269 Abs. 1 in ihren Auswirkungen

1. nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten

a) im Falle des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments (S. 10—15),

b) im Falle des Berliner Testaments (S. 15—19).

B. II. 1 a.

Jetzt soll die Stellung des in einem Deutschen gemeinschaftlichen Testament von den Ehegatten zum Erben eingesetzten Dritten betrachtet werden, und zwar nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten.

Mit diesem Zeitpunkt wird auf Grund der gegenseitigen Erbeseinsetzung der Ehegatten zunächst der Ueberlebende Erbe des Zuerstverstorbenen. Mit dem in seiner Hand vereinigten Gesamtvermögen kann der Ueberlebende als „Vollerbe" schalten und walten wie er will.

Für das Erbrecht des Dritten ist der Tod des Erstverstorbenen ohne jeden Einfluß. Da der Dritte ja erst als Erbe des Ueberlebenden für den gesamten Nachlaß beider Ehegatten eingesetzt ist, ist der Dritte eben bis zum Tode des überlebenden Ehegatten in derselben Lage wie jeder künftige Erbe mit den sich daraus ergebenden Folgerungen.

So kann der zum Erben eingesetzte Dritte eine Erklärung über die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft vor dem Tode des Ueberlebenden, also bevor er, der Dritte, Erbe geworden ist, rechtlich wirksam nicht abgeben.

Würde weiter der Dritte z. B. nach dem Tode des Erstversterbenden einen Vertrag über sein Erbrecht eingehen, so würde dieser gemäß § 312 Abs. 1 BGB. als „ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten" — des Ueberlebenden — nichtig sein.

Auch kann der Dritte, wenn er mit anderen Dritten als Miterbe eingesetzt ist, von der Befugnis des § 2033 Abs. 1: Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen, keinen Gebrauch machen, bevor er Erbe geworden ist, also nicht vor dem Tode des Ueberlebenden.

Sodann ist des § 2069 hier Erwähnung zu tun.

Dieser Paragraph bestimmt: Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach der Errichtung des Testaments weg, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dessen Abkömmlinge insofern bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten.

Für die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 bedeutet danach diese Vorschrift, daß, wenn der Dritte vor dem überlebenden Ehegatten stirbt, seine Erbeseinsetzung wirkungslos wird, sofern er nicht ein gemeinschaftlicher Abkömmling beider Ehegatten oder ein einseitiger Abkömmling des überlebenden Ehegatten ist und seinerseits Abkömmlinge hinterläßt, die nach der Auslegungsregel des § 2069 als Ersatzerben gelten.

Bei einseitigen Abkömmlingen des erstverstorbenen Ehegatten greift § 2069 seinem Wortlaut nach nicht Platz. Denn in diesem Paragraph ist ausdrücklich von dem Erblasser die Rede, und gemäß § 2269 Abs. 1 ist der Dritte ja nur Erbe des Ueberlebenden, also nur dieser als sein Erblasser anzusehen.

Es dürfte nun wohl häufig dem Willen der Ehegatten, insbesondere dem des Zuerstversterbenden, nicht entsprechen, daß der Abkömmling des von den Ehegatten zum Erben eingesetzten einseitigen Abkömmlings des zuerstverstorbenen Ehegatten von der Erbfolge ausgeschaltet wird.

Um dies zu verhindern, sind im Schrifttum mannigfache Vorschläge, die Abhilfe zu schaffen geeignet sein sollen, gemacht. Z. B. sagt Leonhard:[1]) „Man wird auch hier die Folgerungen aus der Konstruktion des Gesetzes nicht weiter ausdehnen müssen, als es ihr Zweck erfordert. Man wird daher auch auf diesen Fall den § 2069 analog anwenden können."

Planck meint:[2]) „Es wird sich für die Regelfälle die ausdehnende Auslegung des § 2069 rechtfertigen lassen, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Zuwendung an einen Abkömmling eines der Ehegatten nicht dadurch die im § 2069 bestimmte Bedeutung verliert, daß der zuwendende Ehegatte zuerst verstirbt."

Eine solche analoge Anwendung oder ausdehnende Auslegung des § 2069 kommt jedoch m. E. nicht in Betracht.

Der Dritte ist gemäß § 2269 Abs. 1 nur Erbe des Ueberlebenden und gemäß § 2069 kann nur der Abkömmling eines Abkömmlings des Erblassers als Erbe eintreten.

Es handelt sich hier um positive Gesetzesbestimmungen, die m. E. unbedingt beachtet bleiben müssen. Man darf deshalb auch nicht sagen: weil beide Ehegatten den Dritten als Erben berufen haben, kann man auch den zuerstverstorbenen Ehegatten als Erblasser im Sinne des Erbrechts bezeichnen. Wenn einmal der Regelfall des § 2269 Abs. 1 gegeben ist, also ein Ehegatte länger lebt als der andere, so ist der Dritte eben nur als Erbe des Ueberlebenden eingesetzt, mithin nur dieser als Erblassr des Dritten anzusehen. Zudem wüßte man auch gar nicht, ob man, wenn man den § 2069 regelmäßig ausdehnend

[1]) Leonhard S. 423 III a.
[2]) Planck S. 694, 2 a.

oder analog anwenden würde, immer den Willen der Ehegatten träfe.

Damit der Abkömmling des Dritten, des einseitigen Abkömmlings des zuerstverstorbenen Ehegatten, nach dem Tode des Dritten als Ersatzerbe an dessen Stelle treten kann, ist also erforderlich, daß der Abkömmling dieses Dritten besonders als Ersatzerbe berufen ist.

Z. B. die Ehegatten A und B haben ein Deutsches gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem sie bestimmt haben, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an den einseitigen Abkömmling des Ehegatten A, den C, und den gemeinschaftlichen Abkömmling beider Ehegatten, den D, fallen soll. Weiter haben die Ehegatten — von dem Notar auf die besondere Eigenart des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments hingewiesen — angeordnet, daß, falls der Ehegatte A zuerst sterben sollte, und nach ihm auch sein Abkömmling C, dessen Abkömmling E als Ersatzerbe anstelle von C treten soll. Wenn jetzt (nach Errichtung des Testaments) A stirbt und darauf auch C, so tritt E gemäß § 2096 als Ersatzerbe an die Stelle von C.

Wenn nun E nicht ausdrücklich als Ersatzerbe berufen ist, so könnte sich doch aus den Umständen, auch solcher, die außerhalb des Testaments liegen, die Ersatzerbeinsetzung des E ergeben. Z. B. die Ehegatten haben den C in ihrem Testament ermahnt, mit dem ererbten Gelde ordentlich zu wirtschaften, damit er seinem Sohn, dem E, einmal noch welches hinterlassen könne, und es steht fest, daß dieser E ein ordentlicher Mensch ist, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen. In diesem Falle kann man m. E. ruhig annehmen, daß es dem Willen der Ehegatten entspricht, wenn E als Ersatzerbe an die Stelle von C tritt, und daß die Ehegatten den E nur deshalb nicht ausdrücklich als Ersatzerben berufen haben, weil sie eben an den vorzeitigen Tod von C nicht gedacht haben.

Wenn dagegen auf diesen Willen der Ehegatten mangels irgendwelcher Umstände innerhalb oder außerhalb des Testaments nicht geschlossen werden kann, so kann der Abkömmling des einseitigen Abkömmlings des zuerstversterbenden Ehegatten nicht als Ersatzerbe eintreten.

Aber auch wenn gewisse Umstände für die Ersatzberufung des E sprechen würden, so würde diese doch in dem Falle nicht in Frage kommen, in dem C nach Errichtung des Testamentes und vor dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten A stirbt, ohne daß die Ehegatten jetzt ihrem Testament eine Bestimmung beifügen, durch die E als Ersatzerbe berufen wird. Hier konnten die Ehegatten den E noch als Ersatzerben berufen; da dies nicht geschehen ist, kann man nur annehmen, daß E nach dem Willen der Ehegatten nicht Ersatzerbe sein soll.

Weiter taucht auch die Frage auf, ob eine Erbunwürdigkeit des zum Erben eingesetzten Dritten dem erstversterbenden Ehegatten gegenüber in Betracht kommen kann.

Von der Erbunwürdigkeit handeln die §§ 2339 ff BGB. Hiernach ist erbunwürdig, wer sich in einer im § 2339 Ziff. 1—4 näher bezeichneten Weise gegen den Erblasser vergangen hat. Da ja der Dritte nun gemäß § 2269 Abs. 1 nur als Erbe des Ueberlebenden eingesetzt ist, kann er sich also nach dem Wortlaut des Gesetzes nur diesem gegenüber erbunwürdig erweisen.

Dies dürfte nicht gerechtfertigt sein.

Es fragt sich deshalb, ob diese Lücke im Gesetz nicht ausgefüllt werden kann.

Es sind nun wohl im § 2271 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 für korrespektive Testamente (die im Falle des § 2269 ja wohl immer vorliegen dürften) gewisse andere Vorschriften getroffen, die das Verhalten des in einem gemeinschaftlichen Testament zum Erben eingesetzten Dritten zum Gegenstand haben.

So ist der überlebende Ehegatte gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2 auch nach der Annahme der Zuwendung zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung nach Maßgabe des § 2294 berechtigt. Hiernach kann der überlebende Ehegatte seine korrespektive Verfügung aufheben, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre. Da nun z. B. als Pflichtteilsentziehungsgrund im § 2333 Ziffer 1 genannt ist: Wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers oder einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet, so kann der Ueberlebende mithin in diesem Falle auch wegen einer Verfehlung des bedachten Dritten gegen den erstverstorbenen Ehegatten seine korrespektive Verfügung aufheben.

Gemäß § 2271 Abs. 3 findet, wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht ist, die Vorschrift des § 2289 Abs. 2, und weiter die des § 2338, worauf § 2289 Abs. 2 verweist, Anwendung. Danach kann der überlebende Ehegatte z. B., wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht ist und in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder in solchem Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist, bestimmen, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene als Nacherben nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. In analoger Anwendung dieses § 2271 wollen

nun einige Schriftsteller[3]) auch bei einer Erbunwürdigkeit des Dritten gegenüber dem Erstversterbenden dem Ueberlebenden genau wie im § 2271 Abs. 2 Satz und Abs. 3 das Recht zugestehen, seine korrespektive Verfügung aufzuheben.

Dies halte ich jedoch nicht für möglich. Die Ausnahmefälle im § 2271 Abs. 2 und 3 sind erschöpfend aufgezählt, und es ist m. E. nicht angängig, den Rahmen dieser Ausnahmefälle willkürlich zu erweitern.

Jedoch ein anderer Weg ist geeignet Abhilfe zu schaffen. Alle Erbunwürdigkeitsgründe, die im § 2239 aufgezählt sind, enthalten zum mindesten „ein schweres vorsätzliches Vergehen gegen den Erblasser".[4]) Wenn sich nun der zum Erben eingesetzte Dritte ein solches gegenüber dem Zuerstversterbenden, dem Ehegatten seines „Erblassers" (im Sinne von § 2269 Abs. 1), hat zu Schulden kommen lassen, so kann der Ueberlebende ja schon deshalb seine Verfügung aufheben, weil unter den Pflichtteilsentziehungsgründen des § 2333, die gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2 dem Ueberlebenden ein Aufhebungsrecht geben, unter Ziffer 3 das „Verbrechen oder schwere vorsätzliche Vergehen" gegen den Ehegatten des Erblassers mit genannt ist.

Somit bietet das Gesetz die Möglichkeit, auch eine Erbunwürdigkeit des Dritten dem Zuerstversterbenden gegenüber erfassen zu können.

Eine weitere Frage ist es, wie ein etwaiges Pflichtteilsrecht eines Dritten nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten zu behandeln ist.

Sie wird verschieden beantwortet.

Kanoldt,[5]) der auch auf dem Standpunkt steht, daß der Dritte den Gesamtnachlaß nicht infolge der Verfügung des Zuerstversterbenden, sondern infolge der beiderseitigen Verfügungen der Ehegatten erbt, will hieraus folgern, daß der pflichtteilsberechtigte Dritte nicht von der Erbfolge ausgeschlossen sei und somit auch nicht den Pflichtteil gemäß § 2303 verlangen könne.

Diese Folgerung ist jedoch m. E. fehlgehend; sie kann auch vom Kanoldt'schen Standpunkt aus nicht gezogen werden. Denn wenn der Dritte auch auf Grund der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten erbt, so kommt doch der Dritte bei dem Tode des Zuerstverstorbenen nicht gleich zur Erbschaft, sondern zunächst ist nur der überlebende Ehegatte alleiniger Erbe des Zuerstverstorbenen, und der Dritte erst wieder für den gesamten Nachlaß beider Ehegatten Erbe des Ueberlebenden.

Danach dürfte es außer Frage stehen, daß der an dem Vermögen des Zuerstverstorbenen pflichtteilsberechtigte Dritte tat-

[3]) Mattes S. 74/75; Woycziechowski S. 49; Kaphahn S. 34.
[4]) Kaphahn S. 34; Woycziechowski S. 50.
[5]) Kanoldt S. 276.

sächlich übergangen und somit in seinem Pflichtteilsrecht verletzt ist (§ 2303). Er kann also beim Tode des erstversterbenden Ehegatten von dessen Nachlaß seinen Pflichtteil verlangen, und zwar ist er hierzu in der Lage, ohne die ihm für den Fall, daß auch der Ueberlebende tot ist, gemachte Zuwendung ausschlagen zu müssen.

Dies geht einmal aus § 2306 Abs. 1 hervor. Dieser bestimmt: „Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben . . . . beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis . . . . beschwert, so gilt die Beschränkung oder Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt."

Hiernach wird die Ausschlagung nur dann erfordert, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Erbe berufen ist, d. h. als Erbe desjenigen, gegen dessen Nachlaß er den Pflichtteilsanspruch geltend macht.

Hier ist aber, wie gesagt, der Pflichtteilsberechtigte gar nicht Erbe des Zuerstverstorbenen, sondern nur des Ueberlebenden (§ 2269 Abs. 1).

Zu demselben Ergebnis kommt man auch zum andern gemäß § 1946, welcher bestimmt: Der Erbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Und dieser Erbfall ist ja mit dem Tode des Zuerstverstorbenen für den Dritten noch gar nicht eingetreten.

Der pflichtteilsberechtigte Dritte kann also beim Tode des zuerstverstorbenen Ehegatten von dessen Nachlaß seinen Pflichtteil verlangen, ohne zu einer Ausschlagung dessen, was ihm für den Fall, daß auch der Ueberlebende tot ist, zugewendet ist, genötigt zu sein.

B. II. 1 b.

Beim Berliner Testament hat man das Vermögen beider Ehegatten auseinander zu halten. Es tritt eine gespaltene Erbfolge ein.

Bezüglich des Vermögens des Zuerstversterbenden ist der Dritte Nacherbe, bezüglich des Vermögens des Ueberlebenden ist der Dritte dessen direkter Erbe. Hat der Dritte in diesem letzteren Falle dieselbe Rechtstellung wie bei der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1, so bezüglich des Vermögens des Zuerstversterbenden die Stellung, wie sie das Gesetz eben dem Nacherben gegeben hat.

---

[6]) Planck S. 695 g; Enneccerus § 27 S. 103; Endemann § 63 IV S. 494, 3; Warneyer § 2269 S. 1249.

Als Nacherbe hat der Dritte vom Eintritt des Erbfalls, dem Tode des erstversterbenden Ehegatten, bis zum Eintritt des Nacherbfalls, dem Tode des überlebenden Ehegatten, also noch keine Erbenstellung, sondern nur ein Anwartschaftsrecht auf den Anfall der Erbschaft.

In dieser Stellung ist der Dritte jedoch ganz anders geschützt als bei der Auslegungsregel, wo der Ueberlebende als Vollerbe eine gänzlich freie Stellung hat.

Ist der Ueberlebende nur beschränkter Vorerbe, so sind die Bestimmungen § 2113 ff. BGB. maßgebend.

So ist gemäß § 2113 Abs. 1 die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Gemäß § 2113 Abs. 2 gilt das gleiche wie im Absatz 1, wenn der Vorerbe über einen Erbschaftsgegenstand Verfügung trifft, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt; nur sind hier Schenkungen ausgenommen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Gemäß § 2121 hat der Vorerbe dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände mitzuteilen.

Gemäß § 2122 kann der Nacherbe den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

Gemäß § 2127 ist der Nacherbe berechtigt, von dem Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt.

Durch diese und andere Bestimmungen ist bei beschränkter Vorerbschaft dem Nacherben, dem Dritten, weitgehende Sicherung geboten.

Aber besser gestellt als bei der Auslegungsregel ist der Dritte auch bei befreiter Vorerbschaft des Ueberlebenden, die ja wohl meistens gegeben sein wird.

Hier kommen die §§ 2136, 2137 BGB. in Betracht.

Zwar ist danach bei befreiter Vorerbschaft eine Befreiung des Vorerben von einer ganzen Anzahl von Verpflichtungen, denen der beschränkte Vorerbe unterliegt, zulässig, aber gewisse Vorschriften sind auch hier nicht außer Kraft gesetzt, so z. B. der § 2113 Abs. 2.

Also auch, wenn der Ueberlebende als befreiter Vorerbe über einen Erbschaftsgegenstand Verfügung trifft, die unentgeltlich

oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, ist diese Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Der Dritte hat als Nacherbe auch sonstige Rechte, im Gegensatz zu der Stellung, die er als künftiger direkter Erbe des Ueberlebenden einnimmt. So kann der als Nacherbe eingesetzte Dritte nach dem Tode des Erblassers obligatorische Verträge über künftige Veräußerung und Belastung der Erbschaft schließen. Denn § 312 Abs. 1 steht dem nicht im Wege.[7])

Ob der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht in dem Sinne veräußern kann, daß der Erwerber mit Eintritt des Nacherbfalles in die Stellung des Nacherben eintritt (anzunehmen und auszuschlagen hat), den Gläubigern haftet und vor dem Eintritt des Nacherbfalls die Zustimmungsrechte und Pflichten der Nacherben hat (§§ 2113 ff., 2120), ist die Frage.

Z. B. Endemann, das Reichsgericht und Kammergericht[8]) haben die Uebertragbarkeit des Nacherbenrechts, auch dessen des Alleinerben, nach Analogie von § 2033 BGB. anerkannt.

Wieder andere sind nur in betreff des Mitnacherben für Anwendung des § 2033.[9])

Dagegen kann nach der Ansicht von Kipp[10]) der Nacherbe vor dem Nacherbfall nur den in seinem Anwartschaftsrecht begründeten Anspruch gegen den Vorerben auf Herausgabe der Erbschaft (nach Eintritt des Nacherbfalls) veräußern oder belasten. Auch bei der Anwartschaft der Mitnacherben auf Miterbenrecht will Kipp nicht anders entscheiden, da die Vorschrift, welche § 2033 für das vorhandene Miterbenrecht gebe, sich nicht auf die Anwartschaft übertragen lasse.

Eine eingehendere Stellungnahme zu diesem Streit würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen. Jedenfalls hat aber der Dritte, der Nacherbe, sowohl nach der Ansicht der Praxis und von Endemann, wie nach der von Kipp die Möglichkeit, sein Anwartschaftsrecht bereits nach Eintritt des Erbfalls, also nach dem Tode des Erstverstorbenen, verwerten zu können.

Kann nun der Dritte, der Nacherbe, nach Eintritt des Erbfalls auch die Erbschaft annehmen oder ausschlagen?

Bezüglich der Ausschlagung hat das Gesetz im § 2142 Abs. 1 eine besondere Bestimmung getroffen. Danach kann der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

---

[7]) Kipp § 92 I; Bayr. OLG. OLG. 30, 180 ff.; Planck, Vorbem. 4 b vor § 2100.

[8]) Endemann § 60 II b Ziff. 1—3; RG. 101, 185; KG. OLG. 40, 120 ff.

[9]) z. B. Leonhard § 2108 I C.; Wäntig DNotV. 1906, 277 ff.; Bayr. OLG. 30, 180.

[10]) Kipp § 92 I.

Die Ausschlagungsfrist beginnt natürlich nicht vor dem Eintritt des Nacherbfalls.[11])

Ob der Nacherbe die Erbschaft auch vor dem Eintritte des Nacherbfalls annehmen kann, ist, da das Gesetz für diesen Fall keine besondere Bestimmung getroffen hat, die Frage.

Sie wird verschieden beantwortet.[12])

Wenn man sie mit Leonhard in der Erwägung, daß die Annahme ja nichts anderes als ein Verzicht auf die Ausschlagung ist, bejaht, ist also festzustellen, daß der Dritte, der Nacherbe, die Erbschaft schon nach dem Eintritt des Erbfalls (nach dem Tode des Zuerstverstorbenen) annehmen oder ausschlagen kann.

Wie ist weiter beim Berliner Testament die Rechtslage, wenn der zum Nacherben eingesetzte Dritte nach Eintritt des Erbfalls stirbt?

Nehmen wir folgenden Fall an: Die kinderlosen Ehegatten A und B errichten ein Berliner Testament. Als Dritter — als Nacherbe des Zuerstversterbenden, als direkter Erbe des Ueberlebenden — ist ein Bekannter der Ehegatten C, eingesetzt. Nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten A stirbt auch der Dritte C unter Hinterlassung eines Abkömmlings D.

Hier geht nun gemäß § 2108 Abs. 2, der bestimmt: „Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritt des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist," das Nacherbenrecht des C auf D über. (In unserem Falle, so wollen wir unterstellen, ist kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen).

Wenn die Ehegatten ihren gemeinschaftlichen Abkömmling C als Dritten eingesetzt haben, und auch dieser nach dem Tode des Zuerstversterbenden stirbt, so tritt ebenfalls der Abkömmling von C, der D, an Stelle von C. Nur ist die Frage, ob hier das Nacherbenrecht des C gemäß § 2108 Abs. 2 vererblich ist, oder ob der Abkömmling D des Nacherben C als Ersatznacherbe nach § 2069 eintritt, da ja der Tatbestand beider Paragraphen gegeben ist.

Es wird sowohl [13]) die Auffassung vertreten, daß in einem solchen Fall der § 2069 dem § 2108 Abs. 1 vorgehe, als auch,[14]) daß der § 2108 Abs. 2 Satz 1 die vorzuziehende Regel enthalte.

Ein näheres Eingehen auf diese Frage würde jedoch außerhalb des Rahmens der Aufgabe liegen.

---

[11]) Enneccerus S. 316, III; RG. L.Zeitschr. 1925, 1071.

[12]) Bejahend z. B. Leonhard § 2142, V; Planck S. 477; RG. 80, 377 ff.; anderer Meinung z. B. Kipp § 92, III; Wäntig DNotV. 1906, 403 ff.

[13]) So z. B. KG. I 52, 73 ff.; jetzt auch Kipp § 90 S. 311 Anm. 22.

[14]) z. B. Leonhard § 2108 A III, D; Strohal I § 27 Anm. 21; Planck § 2108 Anm. 3.

Sodann taucht die weitere Frage auf, wie nach dem Eintritt des Erbfalls ein etwaiges Pflichtteilsrecht des Dritten, des Nacherben, zu behandeln ist.

Sie ist dahin zu beantworten, daß der pflichtteilsberechtigte Dritte nach dem Eintritt des Erbfalls, also nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten, seinen Pflichtteil (nach § 2306) von dessen Nachlaß dann verlangen kann, wenn er binnen sechs Wochen nach Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde der Berufung (§§ 2142, Abs. 1 1944 Abs. 1 und 2) das ausschlägt, was ihm als Nacherbschaft vom Zuerstverstorbenen zugewendet ist.

Hat der pflichtteilsberechtigte Dritte seinen Pflichtteil verlangt und die Nacherbfolge ausgeschlagen, so ist damit sein Erbrecht in den Nachlaß des Erstverstorbenen erledigt und er ist lediglich noch bezüglich des Vermögens des Ueberlebenden dessen direkter Erbe.

Endemann [15]) ist nun der Ansicht, daß, wenn z. B. der von den Ehegatten als Nacherbe eingesetzte Sohn nach dem Tode des erstverstorbenen Vaters seinen Pflichtteil von dessen Nachlaß verlange und die Nacherbfolge hinsichtlich dieses väterlichen Erbteils ausschlage, diese Ausschlagung der Nacherbfolge hinsichtlich des väterlichen Erbteils zugunsten der Mutter die korrespektive Gebundenheit aufhebe; „der Dritte, der Sohn, könne diese für sich nicht mehr geltend machen, weil er selbst die sie begründende einheitliche Ordnung der Erbfolge zerstört habe; „seine Ausschlagung wirke in derselben Weise wie der Widerruf eines Mittestators gemäß § 2270 I.

Diese Auffassung Endemanns ist jedoch m. E. verfehlt, und zwar um deswillen, weil sie auf eine Bestrafung des pflichtteilsberechtigten Dritten, des Nacherben, hinauslaufen würde, der doch nur ein ihm vom Gesetz eingeräutes Recht geltend gemacht hat.

II. Die Erbeseinsetzung eines Dritten im gemeinschaftlichen Testament nach § 2269 Abs. 1 in ihren Auswirkungen.

2. nach dem Tode des überlebenden Ehegatten

a) im Falle des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments (Seite 19—24),

b) im Falle des Berliner Testaments (Seite 24—26).

B. II. 2 a.

Mit dem Tode des überlebenden Ehegatten fällt dem Dritten erst das in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigt gewesene Vermögen beider Ehegatten unmittelbar an.

Hätten die Ehegatten z. B. als die Dritten, an welche nach dem Tode des überlebenden Ehegatten der (beiderseitige) Ge-

[15]) Endemann § 63 IV a 2.

samtnachlaß fallen soll, nur die beiderseitigen gesetzlichen Erben bezeichnet, so kommen nur diejenigen Personen in Frage (abgesehen von der stillschweigenden Ersatzeinsetzung des § 2069), welche als gesetzliche Erben der beiden Ehegatten im Hinblick auf die Todeszeit des zuletztversterbenden Ehegatten in Betracht kommen, weil diese ja der maßgebende Zeitpunkt für das Erbrecht des Dritten ist.

Der Dritte erwirbt nun nach der Bestimmung des Testaments: Nach dem Tode des Ueberlebenden soll der beiderseitige Nachlaß an den Dritten fallen, auch das Vermögen, welches der Ueberlebende erst nach dem Tode des Erstverstorbenen inter vivos oder mortis causa hinzuerworben hat, weil ja jedes Vermögen eines Ehegatten zum beiderseitigen Nachlaß gehört.[1])

Es kann jedoch der Fall eintreten, daß der Dritte beim Tode des überlebenden Ehegatten überhaupt nichts mehr erwirbt. Denn der Ueberlebende kann als „Vollerbe' mit dem in seiner Hand vereinigten Gesamtvermögen machen, was er will. Sogar Schenkungen sind ihm nicht verwehrt. Hat der Ueberlebende aber böswillige Schenkungen, d. h. Schenkungen in der Absicht, den Dritten zu beeinträchtigen, vorgenommen, so fragt es sich, ob der Dritte in diesem Fall nicht einen Anspruch gemäß § 2287 BGB. hat. Dieser Paragraph lautet: „Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern."

Kann nun diese für den Erbvertrag gegebene Vorschrift auch im Falle des Deutschen gemeinschaftlichen Testaments, wenn der Ueberlebende böswillige Schenkungen gemacht hat, überhaupt Anwendung finden?

Diese Frage ist m. E. zu bejahen.

Für die Anwendung des § 2287 auf das Deutsche gemeinschaftliche Testament (§ 2269 Abs. 1) spricht vor allem der Umstand, daß, wie m. E. unbedenklich dem § 2271 entnommen werden kann, die Stellung des Dritten gegenüber dem Ueberlebenden, sobald dessen letztwillige Verfügung zugunsten des Dritten durch den Tod des Zuerstverstorbenen und die Nichtausschlagung seitens des Ueberlebenden unwiderruflich geworden ist, der Stellung des Vertragserben gegenüber dem Vertragserblasser entspricht.[2])

Wenn Wilke [3]) die Anwendung des § 2287 auf die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 mit der Begründung verneint, daß eine

---

[1]) Planck § 2269 II 2 b.

[2]) Staudinger §§ 2270, 2271 Anm. VI S. 829/830; Strohal I, § 43 b S. 345; Woyczichowski S. 33.

[3]) Wilke § 2269 Anm. 1 S. 244 und § 2287 Anm. 1 S. 255; Kaphahn S. 41.

ähnliche Vorschrift (wie beim Erbvertrage) bei gemeinschaftlichen Testamenten von Ehegatten nicht getroffen worden sei, so ist zuzugeben, daß dieser Umstand wohl für die Verneinung sprechen könnte. Aber ihm ist mit Staudinger entgegenzuhalten, daß hier nur ein Uebersehen des Gesetzgebers vorliegen dürfte. Wenn das Gesetz im § 2286 ausdrücklich bestimmt hat: Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt, so darf man daraus nicht folgern, daß der § 2287 nur, um mit Staudinger zu sprechen, als Ausnahme der Vorschrift des § 2286 einen Sinn hat und deshalb nicht entsprechend angewendet werden darf, wo eine dem § 2286 entsprechende Vorschrift fehlt. Aus den Protokollen [4]) geht nämlich hervor, daß die Bestimmung des § 2286 eigentlich für selbstverständlich gehalten und nur aus Vorsicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wurde. Und beim korrespektiven Testament erschien die Vorschrift des § 2286 im Falle der Anwendbarkeit der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 „womöglich noch selbstverständlicher", wie mit Staudinger hervorzuheben ist.

Somit dürfte die Anwendbarkeit des § 2287 auf das Deutsche gemeinschaftliche Testament bedenkenlos zu bejahen sein.

Der in einem korrespektiven Deutschen gemeinschaftlichen Testament eingesetzte Dritte kann demnach, wenn der überlebende Ehegatte in der Absicht, ihn zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht hat, von dem Beschenken die Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, nachdem ihm, dem Dritten, die Erbschaft angefallen ist, also beim Tode des überlebenden Ehegatten.

Dieser Anspruch des Dritten verjährt gemäß § 2287 in drei Jahren vom Anfalle der Erbschaft an.[5])

Wie nun oben ausgeführt ist, erhält gegebenenfalls der Dritte seinen Pflichtteil vom Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten und geht trotzdem seines Erbrechts an dem Nachlaß des zuletztverstorbenen Ehegatten, in dem das noch vorhandene Vermögen des zuerstverstorbenen steckt, nicht verlustig.

Es ist nicht zu leugnen, daß hierin eine schwere Benachteiligung etwaiger anderer Dritter enthalten ist. Folgendes Beispiel möge dies näher erläutern:

Frau A und ihr Gatte B haben sich gemäß § 2269 Abs. 1 gegenseitig zu Erben und weiter ihre gemeinschaftlichen Kinder

[4]) Prot. V., 388.

[5]) Eine Sicherungsmaßregel (einstw. Verf.) gegen derartige böswillige Schenkungen seitens des Ueberlebenden steht dem Dritten, dem künftigen Erben, nicht zur Seite. Denn das Erbrecht des Dritten, das gesichert werden könnte, entsteht ja erst mit dem Tode des Ueberlebenden. Endemann § 63 VII b 2 Anm. 69. KG. in OLG. 21, 362.

C und D für den gesamten Nachlaß als Erben des überlebenden Ehegatten eingesetzt. Das Vermögen der A beträgt 80 000 Mark, das Vermögen des B 20 000 Mark. Frau A stirbt. C verlangt nun aus dem Vermögen der Erstverstorbenen A seinen Pflichtteil. C bekommt, da sein gesetzliches Erbteil 30 000 Mark betragen würde, 30 000 : 2 = 15 000 Mark als Pflichtteil. Das Gesamtvermögen des Ueberlebenden B beträgt jetzt noch 20 000 + 65 000 Mark = 85 000 Mark. Stirbt nun auch der Ueberlebende B, so bekommt jedes Kind — angenommen, daß die Summe von 85 000 Mark beim Tode des B noch vorhanden ist — 42 500 Mark. C hat also insgesamt 42 500 + 15 000 = 57 500 Mark erhalten, während D nur insgesamt 42 500 Mark geerbt hat. Dieser erfährt also, weil er — etwa als gehorsames Kind — seinen Pflichtteil nicht verlangt hat, eine erhebliche Zurücksetzung hinter C.

Wie man einer solchen wirksam begegnen kann, hat im Schrifttum lebhaftes Hin und Her erweckt.

Einige Schriftsteller glauben eine solche Benachteiligung eines anderen Dritten ohne besondere Bestimmung im gemeinschaftlichen Testament vermeiden zu können.

So will Mattes [6]) im Hinblick darauf, daß es „höchst ungerecht und keineswegs dem Willen der Gatten entsprechend zu sein scheine, wenn der pflichtteilsberechtigte Dritte seinen Pflichtteil fordern und trotzdem unwiderruflicher Erbe des Ueberlebenden bleiben könne", in analoger Anwendung des § 2271 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 dem überlebenden Ehegatten, wenn er einen Pflichtteilsanspruch auszahlen müsse, das Recht zugestehen, das ganze Testament frei zu widerrufen, und zwar, ohne daß er den Nachlaß des Verstorbenen gemäß § 2270 Abs. 1 herausgeben müsse.

Dieser von Mattes vorgeschlagene Weg ist jedoch m. E. nicht gangbar.

Und zwar einmal, weil durch einen solchen Widerruf des ganzen Testaments etwaige übrige Dritte überhaupt nicht — es sei denn, als gesetzliche Erben – zur Erbfolge kämen, also geschädigt würden, zum andern aber ganz besonders, weil die Fälle der Widerrufsmöglichkeiten im § 2271 genau aufgezählt sind und nicht willkürlich vermehrt werden können.

Ein anderer Schriftsteller, Kößler,[7]) will den § 2306 direkt anwenden.

Er geht davon aus, daß eine derartige Bevorzugung des pflichtteilfordernden Dritten dem Willen der Ehegatten widerstreite, und infolgedessen müsse insoweit nicht die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1, sondern die zweite Möglichkeit im Rahmen dieses Paragraphen Platz greifen. Als Nacherbe müsse

[6]) Mattes S. 72; Woycziechowski S. 47.
[7]) Kößler S. 1181.

dann der Dritte, wenn er seinen Pflichtteil fordere, die Nacherbfolge ausschlagen (§ 2306).

Diese direkte Anwendung des § 2306 halte ich nicht für möglich. Denn ist die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 von den Ehegatten einmal gewählt, so ist der zum Erben eingesetzte Dritte für den gesamten Nachlaß beider Ehegatten Erbe des Ueberlebenden. Im Gegensatz dazu steht ja gerade die zweite Konstruktion (Berliner Testament), wobei der Dritte bezüglich des Nachlasses des erstversterbenden Ehegatten Nacherbe, und bezüglich des Nachlasses des überlebenden Ehegatten dessen direkter Erbe ist. Es kann nicht angängig sein, nun auf einmal, weil der Dritte seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht, entgegen der ausdrücklichen Bestimmung im Testament zu der zweiten Konstruktion zu greifen.

Dieses läßt auch Leonhard [8]) gelten. Er will jedoch den § 2306 analog anwenden. Bei der Besprechung des § 2306 (der ja im Absatz I die Aufgabe des Nachfolgerechts von gewissen beschränkt oder beschwert eingesetzten Erben verlangt und dasselbe im Abs. II von einem, „der noch stärker beschränkt ist, der überhaupt nicht als Erbe, sondern bloß als Nacherbe eingesetzt ist",[9]) sagt Leonhard: „die Einsetzung des Ehegatten als Ersterben nach § 2269 wirkt noch stärker als die Einsetzung eines Vorerben. Deshalb muß auch hierin um so mehr eine Beschränkung der Pflichtteilsberechtigten erblickt werden." Zwar seien, so sagt Leonhard, die Beschränkungen, die für § 2306 in Betracht kämen, erschöpfend aufgezählt, aber für eine analoge Anwendung des § 2306 auf das Deutsche gemeinschaftliche Testament sei Raum. Allerdings könne im vorliegenden Falle der Pflichtteilsberechtigte sein Recht aus der Nachfolge noch nicht ausschlagen. Aber man müsse die Vorschrift des § 2306 eben entsprechend so umdeuten, daß durch die Geltendmachung des Pflichtteils das Nachfolgerecht zerstört werde. Dieselbe Herabsetzung trete ein, wenn der pflichtteilsberechtigte Dritte den Pflichtteil von dem Nachlasse des Zuerstverstorbenen erlangt habe und ihn noch einmal von dem Nachlasse des Ueberlebenden verlangen wolle.

Eine solche analoge Anwendung des § 2306 muß jedoch m. E. ebenfalls bekämpft werden. Man muß folgendes in Erwägung ziehen: Der pflichtteilsberechtigte Dritte, der seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht, macht nur ein Recht geltend, das ihm durch das Gesetz eingeräumt ist. Will man ihm dieses Recht schmälern, so ist dies nichts anderes, als jemand dafür, daß er sein Recht geltend macht, bestrafen. Weiterhin soll das Pflichtteilsrecht doch gerade dazu dienen, einen Erben gegen testamen-

[8]) Leonhard § 2269 IV, § 2306 II 4.
[9]) Röttger, Pflichtteilsanspruch des nach § 2269 eingesetzten Dritten, Diss. Marburg 1913 S. 53 zit. bei Kanoldt S. 283.

tarische Benachteiligungen zu schützen. Daß der in einem gemeinschaftlichen Testament zum Erben eingesetzte Dritte im Vergleich zu einem sonstigen Erben enachteiligt ist, liegt ja auf der Hand. Nach dem Tode des Erstversterbenden kommt der Dritte nicht gleich zur Erbschaft, sondern ist erst bezüglich des Gesamtnachlasses beider Ehegatten Erbe des Ueberlebenden. Dabei besteht noch die Gefahr, daß der überlebende Ehegatte nichts mehr hinterläßt. Gegen diese Benachteiligung schützt den Dritten eben sein Pflichtteilsrecht. Wenn sich dieses nun so auswirken kann, daß sonstige Dritte benachteiligt werden, so dürfte dies wohl nur ein Anreiz für den Gesetzgeber sein, das Gesetz zu ändern und eine Vorschrift zu treffen, die Benachteiligungen der übrigen Dritten verhindert.[10])

Da diese Benachteiligungen also durch keine gesetzlichen Bestimmungen verhindert werden können, ist nur noch der Weg offen, daß die Ehegatten selbst im gemeinschaftlichen Testament diesbezügliche ausdrückliche Bestimmungen treffen.

So können sie etwa anordnen, derjenige Pflichtteilsberechtigte, der nach dem Ableben des erstversterbenden Ehegatten den Pflichtteil von dessen Nachlaß fordere, solle auch hinsichtlich des Nachlasses des letzteren auf den Pflichtteil beschränkt sein. Jedoch können die Ehegatten nicht bestimmen, daß dem pflichtteilsberechtigten Dritten, der vom erstverstorbenen Ehegatten den Pflichtteil gefordert hat, das damit Erlangte auf den Pflichtteil anzurechnen sei, den er nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zu fordern habe. Denn der Pflichtteil kann nicht willkürlich vom Erblasser berechnet werden.[11])

B. II. 2 b.

Jetzt bleibt die Stellung des Dritten beim Berliner Testament nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zu betrachten.

Einmal bekommt der Dritte den Nachlaß des Ueberlebenden als dessen direkter Erbe (wie bei der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 nach dem Tode des überlebenden Ehegatten den Gesamtnachlaß beider Ehegatten). So bekommt der Dritte auch beim Berliner Testament das Vermögen, das der Ueberlebende nach dem Tode des Zuerstverstorbenen zu seinem eigenen Vermögen inter vivos oder mortis causa hinzuerworben hat. Jedoch ist es auch möglich, daß der Ueberlebende von seinem eigenen Vermögen überhaupt nichts übrig gelassen hat, da er bezüglich seines Vermögens völlig frei dasteht, mit dem er schalten und walten kann wie er will, also auch Schenkungen vornehmen kann. Aber auch hier, wo der Ueberlebende bezüglich seines eigenen Vermögens dieselbe Stellung hat, wie beim Deutschen

[10]) Planck § 2269 S. 695 e.
[11]) Enneccerus § 27 S. 103.

gemeinschaftlichen Testament bezüglich des Gesamtvermögens, kommt der § 2287 (falls ein korrespektives Berliner Testament vorliegt, was ja wohl immer der Fall ist) zur Anwendung. Demnach kann der Dritte, wenn der Ueberlebende aus seinem eigenen Vermögen, in der Absicht, ihn zu beeinträchtigen, eine Schenkung vorgenommen hat, von dem Beschenken die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, nachdem ihm, dem Dritten, die Erbschaft angefallen ist, also mit dem Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten.[21])

Erwirbt so einmal der Dritte mit dem Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten dessen Nachlaß als sein direkter Erbe, so fällt auch zum anderen im gleichen Zeitpunkt dem Dritten als Nacherben die Erbschaft des Zuerstverstorbenen, die der Ueberlebende als Vorerbe in Händen gehabt hat, an.

Mit dem Tode des Ueberlebenden ist der Dritte also „Erbe".

Wenn nun z. B. im Berliner Testament ein noch ungeborener Dritter als Nacherbe des zuerstverstorbenen Ehegatten eingesetzt wäre, so braucht dieser zur Zeit des Erbfalls (also beim Tode des Zuerstverstorbenen) noch nicht zu leben oder auch nur bereits erzeugt zu sein. Dagegen muß der Dritte, um Nacherbe werden zu können, zur Zeit des Nacherbfalls, also beim Tode des Ueberlebenden, mindestens bereits erzeugt sein (§§ 2108 Abs. 1, 1923).

Hat der Ueberlebende als Vorerbe des Nachlasses des Zuerstverstorbenen aus dem Vorerbschaftsvermögen eine Schenkung vorgenommen in der Absicht, den Dritten zu beeinträchtigen, so kommt hier nicht § 2287 zur Anwendung, sondern in diesem Falle sind ausschließlich die §§ 2112 ff. BGB. maßgebend, und zwar auch im Falle der §§ 2136, 2137 (bei befreiter Vorerbschaft des Ueberlebenden) kommt allein der Absatz 2 des § 2113 in Betracht.

Also wenn der überlebende Ehegatte als befreiter Vorerbe eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand des Vorerbschaftsvermögens vornimmt, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von ihm erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, so ist eine solche Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Im Gegensatz zu § 2287 braucht es sich gemäß § 2113 Abs. 2 nicht um eine böswillige Schenkung des überlebenden Ehegatten zu handeln, sondern jede Schenkung des Ueberlebenden, des befreiten Vorerben, ist gemäß § 2113 Abs. 2 Satz 1 im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam. Nur solche Schenkungen

---

[12]) Endemann § 63 S. 500/501

sind gemäß Abs. 2 Satz 2 dieses Paragraphen ausgenommen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Wenn nun auch an sich z. B. eine Verfügung, die der Vorerbe über ein Recht an einem Grundstück trifft, bei Eintritt des Nacherbfalls insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigt (§ 2113 Abs. 1), so kann dennoch auch eine solche Verfügung wirksam sein, nämlich wenn der Nacherbe den Vorerben beerbt (wie im Falle des Berliner Testaments) und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Hier ist die Verfügung des Vorerben gemäß § 185 BGB. unbeschränkt wirksam.[13]) [14])

Nunmehr fragt es sich noch, was beim Berliner Testament nach dem Tode des Ueberlebenden der als Nacherbe eingesetzte pflichtteilsberechtigte Dritte erhält, der beim Tode des zuerstversterbenden Ehegatten seinen Pflichtteil verlangt hat.

Z. B. die Ehegatten A und B haben ein Berliner Testament errichtet. Der überlebende Ehegatte ist bezüglich des Vermögens des Zuerstversterbenden als befreiter Vorerbe eingesetzt. Als Dritte — als Nacherben bezüglich des Vermögens des Zuerstversterbenden, als direkte Erben bezüglich des Vermögens des Ueberlebenden — sind die gemeinschaftlichen Abkömmlinge der Ehegatten, C und D, bestimmt. Das Vermögen des A beträgt 100 000 Mark, das Vermögen von B 40 000 Mark. A stirbt. B erhält jetzt das Vermögen von A — 100 000 Mark — als befreite Vorerbschaft. Jetzt verlangt der an dem Vermögen des zuerstverstorbenen A pflichtteilsberechtigte Abkömmling C seinen Pflichtteil. Dieser erhält also, da sein gesetzliches Erbteil 37 500 Mark betragen würde, 37 500 : 2 = 18 750 Mark. Beim Tode des Ueberlebenden B erhält C, vorausgesetzt, daß das Vermögen von B in Höhe von 40 000 Mark bei seinem Tode noch vorhanden ist, 40 000 : 2 = 20 000 Mark, D dagegen auch noch den nach Auszahlung des Pflichtteils an C übriggebliebenen Nachlaß von A — den B als befreite Vorerbschaft in Händen gehabt hat — also 100 000 — 18 750 = 81 250 Mark. C hat danach insgesamt 38 750 Mark und D 101 250 Mark erhalten. D ist mithin erheblich besser gestellt als C, der beim Tode von A seinen Pflichtteil verlangt hat und wird also dafür belohnt, daß er dies nicht getan hat.

---

[13]) Vgl. RG. 110, 94 ff.

[14]) Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Vorerbe sie zu gunsten eines der Berechtigten getroffen hat und nun von allen Berechtigten beerbt wird. Vergl. Staudinger a. a. O. 540; RG. 110, 94 ff.

III. Die Anwendung des Erbschaftssteuergesetzes [15])

1. auf das Deutsche gemeinschaftliche Testament (S. 27—28),

2. auf das Berliner Testament (S. 28).

B. III. 1.

Das Deutsche gemeinschaftliche Testament hat im Erbschaftssteuergesetz besondere Erwähnung gefunden.

Der in Betracht kommende § 9 Abs. 3 lautet: Im Falle des § 2269 des Bürgerlichen Gesetzbuches und soweit der überlebende Ehegatte an die Verfügung gebunden ist, sind die mit dem verstorbenen Ehegatten näher verwandten Erben und Vermächtnisnehmer als seine Erben anzusehen, soweit sein Vermögen beim Tode des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist.

Danach wird der in einem korrespektiven Deutschen gemeinschaftlichen Testament zum Erben eingesetzte Dritte steuerlich begünstigt: Soweit beim Tode des Ueberlebenden noch Vermögen, das vom Erstverstorbenen herstammt, vorhanden ist, wird der Dritte hinsichtlich dieses Vermögens als Erbe des Zuerstverstorbenen angesehen. Steuerrechtlich liegen für den Dritten also zwei Erbanfälle vor, einer nach dem zuerstverstorbenen Ehegatten und einer nach dem zuletztverstorbenen Ehegatten. Die Versteuerung erfolgt demnach getrennt nach verschiedenen Steuerklassen. Bei dieser getrennten Versteuerung findet eine Zusammenrechnung der beiden Anfälle, da sie nicht als von derselben Person herstammend anzusehen sind, nicht statt. Infolgedessen gelten auch für jeden Anfall die Befreiungen (§ 18) und sonstigen Begünstigungen (§ 20, 24) besonders. Zur Entstehung gelangt die Steuerschuld auch für den mit dem zuerstverstorbenen Ehegatten näher Verwandten frühestens mit dem Tode des zuletztverstorbenen Ehegatten.[16])

Folgendes Beispiel mag die Bedeutung des § 9 Abs. 3 Erbsch.St.Ges. für die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB. noch hervorheben:

Die Ehegatten A und B haben ein korrespektives Deutsches gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem sie bestimmt haben, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an den Bruder der Ehefrau A, den C, fallen soll. Das Vermögen der A beträgt 40 000 Mark, das Vermögen von B 20 000 Mark. Nachdem Frau A gestorben ist, beträgt das Gesamtvermögen des Ueberlebenden B 60 000 Mark. Bei dessen Tode sind noch 50 000 Mark vorhanden, von denen 15 000 Mark aus dem Vermögen der Zuerstverstorbenen A stammen. C hat

[15]) Vgl. dazu Kipp, Erbschaftssteuergesetz; Groener, Erbschaftssteuergesetz.

[16]) Groener S. 88.

nun seine Erbschaft in Höhe von 50 000 Mark so zu versteuern, als ob er einmal 15 000 Mark von seiner Schwester, der Erstverstorbenen A, geerbt hätte, also nach Steuerklasse 3, und als ob er zum andern 35 000 Mark von seinem Schwager, dem Zuletztverstorbenen B, geerbt hätte, also nach Steuerklasse 5.

B. III. 2.

Welche Bedeutung hat nun das Erbschaftssteuergesetz für das Berliner Testament?

In diesem Falle hat der Dritte das Vermögen, das er von dem zuletztverstorbenen Ehegatten als dessen direkter Erbe erworben hat, als dessen Erbe zu versteuern.

Als Nacherbe hat der Dritte steuerrechtlich eine andere Stellung wie im Bürgerlichen Recht. Ist hier der Nacherbe nur Erbe des Erblassers, so ist er demgegenüber steuerrechtlich im Falle des Eintritts der Nacherbfolge als Erbe des Vorerben anzusehen, der selbst wieder als Erbe des Erblassers gilt. Demnach hat der Nacherbe mit Eintritt der Nacherbfolge dasjenige, was er erhält, als Erbe des Vorerben zu versteuern (§ 7 Abs. 2 Erbsch.St.Ges.). Mithin kommt die Steuerklasse zur Anwendung, die für das Verhältnis des Nacherben zum Vorerben — und nicht die des Nacherben zum Erblasser — in § 9 Abs. 2 Erbsch.St.Ges. bestimmt ist.

Auf besonderen Antrag ist jedoch der Versteuerung das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zu Grunde zu legen (§ 7 Abs. 2 Satz 2).[17]) Durch diese Bestimmung ist einer steuerlichen Begünstigung des Nacherben Raum gegeben. Z. B. als Dritter ist im Berliner Testament ein Bruder der erstverstorbenen Ehefrau eingesetzt. Beim Eintritt des Nacherbfalls, also beim Tode des überlebenden Ehegatten, wird der Dritte nun natürlich beantragen, daß seiner Versteuerung nicht sein Verhältnis zum zuletztverstorbenen Ehegatten, seinem Schwager, sondern das zu der erstverstorbenen Ehefrau, seiner Schwester, zu Grunde gelegt wird. Denn hierdurch erreicht der Nacherbe, daß der Erwerb der Nacherbschaft nicht nach Steuerklasse V, sondern nach Steuerklasse III versteuert wird (§ 9 Abs. 2).

[17]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 277.